

第32卷第6期
2014年6月

河北法学
Hebei Law Science

Vol. 32, No. 6
Jun., 2014

论儿童最大利益原则的尺度

——新时代背景下亲权的回归

冯 源

(厦门大学 法学院 福建 厦门 361001)

摘 要: 儿童最大利益原则作为一种普适的价值观,有其价值张力,也有其最大可能达到的限度。价值张力体现于儿童最大利益原则的基本面,儿童最大利益原则能够进行宏观的文化建构(差异性)、中观的制度建构(客观性)和微观的自我建构(共同性)。同时,儿童最大利益原则还必须受到约束,约束缘起于儿童最大利益原则在我国属于两难命题,因此可以考虑以亲权限制儿童最大利益原则可能达到的程度,具体包括对儿童财产权的限制以及儿童人身权的限制。在新的时代背景下,我国应该将儿童最大利益原则作为唯一的指导原则,合理地安排最大利益原则的文化建构、制度建构、自我建构,并且在区分亲权与监护的基础上以亲权对最大利益原则的发挥进行限制。

关键词: 亲权; 儿童最大利益原则; 基本面; 三维建构; 限度

中图分类号: DF48 文献标识码: A 文章编号: 1002-3933(2014)06-0157-09

The Scale of the Child's Best Interests Principle

——Return to parental authority under new social background

FENG Yuan

(Law School, Xiamen University, Xiamen 361001 China)

Abstract: Regarding the child's best interests principle as the value of universal application, which has coercive power as well as limitation. The coercive power showed on the scale of the child's best interests principle that could make macroscopic cultural construction, moderate system construction and microscopic self-construction. In the meantime, owing to its character of dilemma proposition, it must be restricted in some places. Therefore, Parental rights could be utilized as the limitation of child's best interests principle, which contain the limitation for children's property and personal rights. Under the new social background, the child's best interests principle should be treated as the only guideline so that macroscopic cultural construction, moderate system construction and microscopic self-construction of this principle is essential. In addition, parental rights would have been the limitation for this principle on the condition that we could distinguish between parental authority and guardianship.

Key words: parental rights; child's best interests principle; the scope; three-dimensional construction; the limitation

收稿日期: 2014-03-24 该文已由“中国知网”(www.cnki.net) 2014年5月6日数字出版,全球发行

作者简介: 冯 源(1989-),女,湖北襄阳人,厦门大学法学院2013级博士研究生,研究方向:婚姻家庭与继承法学。

引言

法国中世纪史、社会史名家菲利浦·阿利埃斯在其被称为儿童史和家庭史的奠基之作《儿童的世纪—旧制度下的儿童和家庭生活》中言之“对于生活儿童还不够成熟。在让他们进入成人世界之前,儿童必须受到一种特殊的对待,一种保护性的隔离”^[1]。历史上人们对儿童的认知经历了不予关注、冷漠对待的阶段,将其视为获利工具而加以剥削和利用的阶段之后,终于认识到儿童相对于成人是幼弱的,需要给予关怀和照顾,儿童最大利益原则逐渐成为一种被普遍接受的价值观。原则确立的标志为《儿童权利宣言》(1959):“儿童应受到特别保护,并应通过法律和其他方法而获得各种机会与便利,使其能在健康而正常的状态和自由与尊严的条件下,得到身体、心智、道德、精神和社会等方面的发展。在为此目的而制订法律时,应以儿童的最大利益为首要考虑”。但是,最大利益原则本身也存在一些适用的难题,比如不确定性、权利冲突、文化价值冲突和国内法转换等问题^[2]。因此,需要进一步做好以下两方面工作:一方面,需要厘清最大利益原则的基本内涵,其可以包括哪些内容;另一方面,需要确认最大利益原则适用的限度,其无法涵盖哪些内容。儿童最大利益原则如同一把标尺,如何最大限度地发挥其价值张力,减少有可能引发的问题,并关注在我国当前的社会背景下适用儿童最大利益原则的特殊性,是一个非常有价值的研究路径。

一、儿童最大利益原则的基本面

(一) 宏观的文化建构——差异性

儿童最大利益原则的产生需要相应的社会土壤,而不同国家政治、经济、文化发展水平各异,能够接受最大利益原则作为一种普适的价值观念,可以从两个角度去思考:其一,从现实的角度思考,儿童最大利益原则的内涵存在一定程度的不确定性,使各国能够从自身社会文化的立场去诠释最大利益原则,这也从一个侧面造就了最大利益原则的纲领性、原则性和灵活性,其不能成为一个刻板的刚性规则;其二,从历史的角度思考,各国亲子法发展进路各不相同,因此最大利益原则的自始建构就存在差异性。因此,此原则的基本面之一就是承认差异性的存在,这也是我们能够理性接受与正确适用最大利益原则的前提。

儿童最大利益原则诞生之始即反映了各国共同的利益诉求,也伴随着各国的文化冲突。有学者曾经说过,“法律不是一门准科技,相当于一种工具可以运用于任何社会而基于任何目的;相反地作为社会结构的一环它有其具体的存在形式且向我们反映了某一个社会所达到文明的程度”^[3]。儿童的地位经历了从客体到主体的演变。被认为是客体的儿童,利益受到忽视、不被尊重。菲利浦·阿利埃斯描述为“直到12世纪前后,中世纪的艺术还未涉及儿童,也没有表现他们的意愿。很难相信,儿童形象在艺术上缺失是由于当时人们的笨拙和无能。我们宁愿认为,这是儿童在这个世界上没有地位的表现”^[1]。儿童也成为对应身份家父的支配对象,家父对儿童拥有人身和财产的双重支配权:人身方面,家父对于家子有生杀予夺的权利^①,其中惩戒权包括监禁、体罚、卖往国外、甚至死刑;财产方面,一切财产均归家父所有,由其全权处置^[4]。当儿童被发现之后,主体的观念刚刚在人们的思想中觉醒,却由于世界各地如火如荼的工业革命而成为了被剥削和利用的对象,“1839年,英国工厂工人共有419,560人,其中18岁以下的少年和儿童即达192,887人。童工人数几乎占工厂工人总数的一半。”^[5]直到近代以来,维护儿童权利才成为各国共同的诉求,与此同时人们对儿童加强研究,儿童学俨然成为一门独立的学科,开启了儿童保护的新时代,各国为保护儿童进行的共同努力体现于一系列的国际公约中,比如《日内瓦宣言》(1924)、《儿童权利宣言》(1959)、《经济、社会及文化权利国际公约》(1966)、《公民权利和政治权利国际公约》(1966)、《准予就业最低年龄公约》(1973)、《儿童权利公约》(1989)等。即便如此,各国对于儿童最大利益原则的理解存在差异性,使得最大利益原则拥有

① 在古罗马,家父对于家子享有遗弃权、出卖权、出租权、损害赔偿权、惩罚权、杀害权、强制已婚子女离婚权、出养权、解放权、强制子女劳动权。参见徐国栋《论民事屈从关系——以菲尔麦命题为中心》,载《中国法学》2011年第5期,第167页。

浓厚的主观色彩,其适用需要依赖法官和其他有关机构的自由裁量权,而解释的背景和依据难以脱离各国的文化背景。如果围绕儿童最大利益原则设计一套刚性的规则体系,而忽视各国的文化多元性,原则本身有可能将沦为一纸空文,扩大适用的范围就必然需要将原则留有余地,不确定性和模糊性似乎无法避免。

各国亲子法的历史发展进路总体从父母本位转向子女本位,但具体路径存在较大差异。大陆法系对于儿童的保护从父母的角度出发,首先用亲子关系调整,无父母任亲权人的才用监护制度调整,即使后来在德国法上有“父母照顾权”的说法,也是从父母的角度作为出发点,强调父母对子女的照顾;而英美法系对于儿童的保护是从被保护人的角度出发的,首先是儿童需要保护,法律提供可以选择的监护方式,第一位的监护人是父母,所以监护制度能够涵盖父母对子女的权利义务,这个角度更为强调父母的“亲责”。对于大陆法系国家的做法可以称之为强势家长权,英美法系国家的做法可以称之为弱势家长权。从这个角度分析,弱势家长权的法系更容易认同子女最大利益原则,而强势家长权的法系似乎倾向于对子女最大利益原则有所保留。果然,儿童最大利益原则起源于英国的早期判例,而英国在《儿童法》(1989)的第1条对此原则进行了明确规定;大陆法系国家除了德国^①之外,大多数都没有明确规定“儿童最大利益原则”。因此,虽然对儿童利益加强保护得到世界上许多国家的认同,各国都在为创造一个适合儿童生长的世界而共同努力,但是我们始终无法忽视原则本身建构的社会文化基础。儿童最大利益原则并无统一标准,而需要依照各国便宜行事。

(二) 中观的制度建构——客观性

儿童最大利益原则的制度建构至少体现于两个方面:其一,将儿童定义为法律上需要进行特殊保护的正当身份,强调儿童保护的独特性,立法与成人有意识区分而自成完整体系,以便能够对儿童的权利开展全面的保护;其二,儿童概念难以脱离家庭法域,在涉及家庭重大财产以及人身事务的处理上,要特别注意保护儿童的权益,比如在离婚、监护、收养等方面,需要坚持儿童最大利益原则。

建立儿童保护的完善法律体系是历史发展的潮流,也是各国在儿童保护方面共同努力的方向。儿童最大利益原则是一个抽象的纲领性原则,很多国家在相当于本国儿童保护的基本法中予以倡导,但真正落于实处,则是建立不同于成年人法律的程序法、实体法、组织法。如日本,建立起了以《儿童福利法》、《少年法》、《少年法院法》、《少年审判规则》等法律为主干的儿童法律体系,并辅之以儿童津贴、防止儿童卖淫、防止虐待儿童等方面的法律,形成了一个实体法、程序法、组织法俱备的较为完善的儿童法律体系^[6]。日本儿童观近些年来发生了历史性大转变,即“儿童作为服从者的存在向作为权利主体转变”,完善的法律体系涵盖了未成年人从出身到成年期间的各个阶段^[7]。我国的立法也反映了这个趋势,以《未成年人保护法》为基本法,《禁止使用童工规定》、《预防未成年人犯罪法》、《义务教育法》、《未成年工特殊保护规定》等法律法规作为辅助对儿童在相关领域进行保护,也颁布了一些纲领性的保护政策,例如三个阶段的《中国儿童发展纲要》等。但相较于国外,我国尚未完全建立起以儿童最大利益保护为核心的立法体系,儿童保护还存在立法观念比较落后,技术比较粗糙,专门保护性法律不够完善等问题。

在家庭法域中,儿童有权对影响到本人的一切事项发表意见,且所有涉及到儿童相关财产与人身权益的事项都需要尊重儿童的最大利益,这是各国进行相关制度建构应该有的题中之义。儿童在家庭生活中的参与可以分为交流与决策参与、融合与合作以及控制与自主三个维度^[8]。对于具体的制度建构,各国在离婚、监护、收养等方面立法均需要能够体现最大利益原则。离婚法方面,比如法国法对离婚后果加以限制,即法官如确认双方达成的离婚后果的协议对子女利益或者对一方配偶的利益保护不够,得拒绝认可并且不宣判离婚^[9];《俄罗斯家庭法典》规定“没有共同的未成年子女的夫妻协议离婚时,在户籍登记机关办理,有未成年子女者须经诉讼程序离婚”^[10];又如父母离婚时代表未成

① 父母照顾的法律性质在于子女的最佳利益,法律之所以频繁使用这一总结性法律概念,是为了强调,行使照顾权时不能首先考虑父母自身的利益,而应该考虑子女的最佳利益。参见王葆蔚《德国家庭法》,法律出版社2010年版,第321页。

年人利益的“诉讼代表人”^[11]制度的设立以及扩大离婚后探望权的范围从而保证子女与父母、其他重要亲属之间的全面交往权等。监护立法涉及到与子女相关重大事务的处分,也是最能体现儿童最大利益原则的一个领域。在监护原则确立、监护制度执行与国家补充监护方面,一些国家的立法能够强调保护子女的最大利益。英美法的法官对监护事务的处理有广泛的自由裁量权,即便如此,儿童最大利益原则也被确立为确定监护的原则,而非先前奉行的“父权优先”、“幼年推定”或是“主要照顾者”推定原则^[12]。大陆法系国家更是通过具体的制度设计将监护立法中的最大利益原则落于实处,比如法国法规定“父与母,因虐待子女,或者因经常酗酒,明显行为不轨或者有犯罪行为表现,或者因对子女不予照管或引导,使子女的安全、健康与道德品行显然受到危害时,可以在任何刑事判决之外,被完全撤销亲权;同时,其明确规定监护的目的是对儿童进行保护”^[13]。德国法强调对子女的照顾,且在若干生活领域强调了子女的自决,例如对子女的未来个人生活有重大影响的决定或者那些同子女偏好所矛盾的不适当决定,法律用不同的技术来强调子女的意愿^[14]。

(三) 微观的自我建构——共同性

最大利益原则总体上是一个柔性原则,放之于具体的社会文化语境中,通过相应的制度来设置最大利益原则的具体内容,人们似乎才会对最大利益原则建立清晰的理解。即便如此,最大利益原则作为一种普适的价值观,必须具备核心的精神要义,在适用此原则时不得违背,这属于原则本质所决定的底线的刚性,是原则本身的自我建构。否则,原则就会成为一种放之四海皆准的空文而由各国任意为之。

在一般情况下,最大利益原则比较突出其宏观指导性,更强调道德约束,可以被理解为一种纲领性的条款,没有重在打击却重在倡导,起第一性的预防作用,防止不关注儿童利益的情形出现。为此,《儿童权利宣言》(1959)采取了结果式立法,所谓最大利益,就是儿童能够“获得各种机会与便利,使其能在健康而正常的状态和自由与尊严的条件下,得到身体、心智、道德、精神和社会等方面的发展”。《儿童权利公约》(1989)也对儿童最大利益做了着重强调并进行细化,通过进一步规定相关机构和人员的责任来落实儿童的最大利益,儿童最大利益的实现不仅需要保护和照料儿童之义务人积极履行义务,亦需要相关辅助监督、服务部门的积极配合。从这个角度理解最大利益原则的自我建构,是一种目的建构加上抽象手段的建构,重在从儿童权利的角度诠释儿童最大利益原则,体现为一国儿童保护的基本法。

在发生争议的情况下,最大利益原则可以作为处理儿童事务的准则,有关内容涉及到实体法与程序法,不可以止步于家庭法的保护。儿童保护的法律可以由一国的基本法与众多的子法构成,基本法可以抽象地规定儿童最大利益原则的目的宗旨和抽象手段,子法必须规定儿童最大利益原则的具体实施方式。儿童事务可能涉及到刑法、民法或者程序法众多法域,涵盖预防犯罪、刑事责任承担、监护、抚养、收养、法院组织等各个方面的问题,因此需要在这些法域内界定何种标准为实现了儿童最大利益的保护,以尽可能具体的标准和专门照顾到未成年人特殊性的专门规定为上佳^①。

二、儿童最大利益原则的限度

(一) 限度的缘起: 两难命题

在《中国儿童发展纲要(2011—2020)年》规定了儿童优先原则,但并未放弃最大利益原则,两者并列成为指导原则:一方面,要求国家在制定法律和配置公共资源等方面优先考虑儿童的利益,是坚持“儿童优先”作为指导思想和基本原则的体现;另一方面,提出要从儿童身体、心理发展特点和利益出发处理与儿童相关的具体事务,保障其最大利益。如此规定,有两种可能:其一,国家认为儿童最大

① the court shall determine custody in accordance with the best interest of the child. The court shall consider all relevant factors including: (1) the wishes of the child's parent or parents as to his custody; (2) the wishes of the child as to his custodian; (3) the interaction and interrelationship of the child with his parent or parents, his siblings, and any other person who may significantly affect the child's best interest; (4) the child's adjustment to his home, school, and community; and (5) the mental and physical health of all individuals involved. See The Uniform Marriage and Divorce Act § 402, 9A U. L. A. 561 (1982).

利益原则为上佳,可是目前只能够达到优先考虑的程度,因此将最大利益原则看作是最终努力的方向,优先原则作为权宜之计;其二,国家对于这两大概念认识相对比较模糊,对儿童最大利益原则的灵活性引发适用中的难题比较犹豫。两种可能性或许兼而有之。

儿童最大利益原则与儿童优先原则的迥然相异。前者是一个绝对的概念,意为真正把儿童视为权利的主体,并尽最大努力帮助儿童克服成为权利主体的各种障碍,同时为儿童提供有益于其身心健康发展的各种社会条件,将其视为明日的社会公民而在今日对其特殊优待,努力创造一个有益于儿童生长的社会环境。而后者是一个相对的概念,在优先原则之下必然存在几种可以比较的身份,在这些可以比较的身份中仅仅是优先考虑保护儿童的利益,不一定是从根本上有利于儿童身心健康的路径,大致相当于“两利相权取其重”。学者王雪梅曾经总结出这两大原则之间的五点细微差别^①。

综上,儿童最大利益原则目前在中国是一个两难命题,如何在克服其不确定性的基础上有效的发挥其价值张力,使之不至于沦为中国特色之下的儿童优先原则是值得深刻思考的问题。其中,更需要注意的是,在了解最大利益原则的微观、中观、宏观等基本层面之后,这个“最大”有没有办法在另一极进行限制,任何事物都有极限,最大利益原则的极限在于何处?

(二) 尺度的另一极: 亲权

最大利益原则需要受到亲权的约束。有学者敏锐的发现,20世纪下半叶以来,我国未成年人道德境遇发生了双重变奏的现象:一方面,未成年人的权利意识空前强烈,成年人对未成年人的权利也空前尊重;另一方面,未成年人的种种状况着实令人忧虑,成年人对未成年人的道德恐慌与日俱增^[15]。最大利益原则就产生于人们对于儿童保护越加重视的社会背景之下,但是儿童不良行为在当今社会层出不穷也是不争的事实,尤其现在的独生子女道德责任感普遍较弱,“李天一案”、各种“弑父杀母”案件屡屡见诸各种媒体的头条。由于未成年人犯罪率上升、行为偏离主流价值观加之其对成人权威和社会秩序构成了威胁,成年人对未成年人难免产生一种道德恐慌。有学者把未成年人的道德问题进行归纳,认为现在的未成年人公德淡漠、高智低德、道德认知和行为脱节、部分人无深层次道德追求而道德观念认知有误,性道德问题突出^[16]。在当前中国社会,由于多年实行计划生育政策使得独生子女家庭相对较多,家长对独生子女容易产生溺爱,加之缺乏和同辈人之间的平等交往,独生子女易产生依赖心理,比较以自我为中心,更有甚者形成失群的孤独心理,某些行为违反社会规则^[17]。我们不能试图逃避这些社会现实而盲目地强调儿童最大利益规则。

以亲权进行限制似乎是一种比较明智的做法。其一,从亲权的本质出发,其可以作为儿童最大利益的限制。现代意义的亲权和传统意义上亲权的内涵有很大的差别,传统的亲权建立于不平等的意识形态之上,表现为家父对家子在人身和财产上的双重绝对支配,现代意义的亲权究其本质而言是一种义务性的权利,重视建立于血缘关系基础上的亲情,强调父母对于子女的照顾、关怀和责任。比如虽然目前的法国法没有放弃“亲权”这一表达,但究其本质主要强调父母对儿童的关怀、照顾^[18]。在德国法上,1979年的《德国民法典》使用“父母对子女的关怀照顾”替代“父母对子女的强权支配”,更强调父母对于未成年子女的义务^[19]。其二,我国是大陆法系国家,具有适合亲权存在的土壤。英美法系国家大多比较倾向于采用监护制度,具有尊重个人主义的传统。大陆法系的国家历史上盛行家长制,近代以来由于家长制的不平等色彩使其饱受诟病,但其实可以对家长制进行有益的变造,建立以子女为基本出发点制度体系。其三,亲权之上有更强的监督机制,不必担心亲权滥用的情况出现。一方面,亲权的滥用受到道德的制约,社会上保护儿童观念已形成强势的舆论,且关爱儿童已

① 其一,在内容上,最大利益原则比儿童优先原则更为丰富,它包含后者又在后者的意义上更进了一步;其二,最大利益在本质上更能体现儿童主体的权利理念;其三,最大利益因其适用范围更广,解决更深层次的问题,因而它将不可避免地遇到更多的困难,面临更多的难题;其四,与儿童优先相比,最大利益本身具有更多的不确定因素,在具体适用时,确定何者为最大利益实属不易;其五,最大利益原则在保护儿童权利的司法实践中的历史悠久,儿童优先原则要有限的多,它只是中国特定背景下新生成的一项保护儿童权利的准则。参见王雪梅《儿童权利保护的“最大利益原则”研究(下)》,载《环球法律评论》2003年春季号,第115页。

经成为大多数家长认同的观念;另一方面,可以设计一些制度对亲权进行监督,比如剥夺监护权、设立“诉讼代表人”等等。

1. 亲权对儿童财产权利的限制

在手段上强调父母对儿童财产的管理和处分,在目的上强调这种管理和处分是为了儿童的最大利益。儿童的财产既包括以有偿方式取得的财产,亦包括以无偿方式取得的财产。前者主要指年满16周岁、不满18周岁的儿童有通过劳动、营业获取财产的权利,既然有劳动能力,智力行为能力和体力行为能力^①条件应该达到要求,在这种情况下可以推定存在管理、处分自己财产的能力;立法仍然将这种儿童视为限制行为能力的人,主要借助法定代理人之力管理、处分财产,不做特殊化的处理,态度令人费解。无论如何,亲权之下对儿童财产的管理的处分主要应该集中于无偿取得的财产^②。

儿童享有不完整的财产权利,这是亲权对儿童财产权利的限制,也是最大利益原则的限度。其一,父母对儿童的财产权利有管理权和收益权。这种管理应该以有益于合理安排未成年人的日常生活为目的,包括财产的保存、利用、改良,这种收益是指财产通过各种方式的增值。父母的管理和收益也需要受到法律的约束:管理时必须尽到善良家父的谨慎注意义务,未尽注意义务的应该进行赔偿,情况严重的构成亲权剥夺的事由,收益主要用于支付儿童成长过程中发生的各项费用或者家庭困难之时弥补家用,待子女成年时仍然有剩余可以返还。其二,父母对儿童的财产权利有处分权^③。亲权之下处分权即对最大利益原则的适用构成限制,也必须以最大利益原则作为出发点。在如何平衡子女和第三人之间的利益,王泽鉴先生有以下观点:当父母非为未成年子女利益无偿处分其财产时,因相对人取得利益并未支付对价,即使该处分行为无效,也不会对相对人产生太大的不利影响,此时法律应侧重保护未成年人的利益,认定父母的处分行为无效;当父母非为未成年子女利益而有偿处分其财产时,由于相对人支付对价后才取得利益,如仍认为处分行为无效,势必给相对人带来不利,此时法律应侧重保护交易安全,认定处分行为有效^[20]。严重危害子女财产的处分行为可以构成剥夺亲权的事由,也可以考虑设立监护监督机关,对重大处分进行监督。

2. 亲权对儿童人身权利的限制

学者王丽萍归纳了父母对子女人身方面的权利,主要包括以下几点:姓名决定权;居所决定权;教育权;职业同意权;法定代理权;日常事务决定权;交往权^[21]。《法国民法典》第371条规定了与子女人身相关的亲权,第371条规定“子女,无论年龄如何,均应尊重与尊敬父母”,第371-1条规定“亲权是以子女的利益为最终目的的各项权利和义务之整体。父母,直至子女成年或者解除亲权,应当保护子女的安全、健康与道德,确保其教育,使得子女能够得到发展,人格得到尊重。父母,按照子女的年龄及其成长阶段,协助子女做出与之有关的决定”^[13]。《德国民法典》第1631条规定了人身照顾权的内容:“指财产管理之外的所有照管工作,即照顾子女的身体健康,即照顾子女在精神上、心灵上和社会交往能力上的发展”^[14]。

以上的这些事项都是由父母决定的,带有父母主观色彩的成分,在人身关系上以亲权限制了儿童最大利益原则。姓名权、居所决定权、日常事务决定权属于基础人身事务的处理,虽然构成对儿童最大利益原则的约束,但儿童权利和父母权利不至于会发生激烈的冲突。教育、职业同意权与交往权则属于比较敏感的区域,有时候儿童的意愿往往不符合父母的期待,会受到比较强烈的干涉。这时候必

① 劳动能力有多重属性,首先它是一种体力行为能力,在简单劳动的情况下尤其如此,禁止童工首先考虑的就是劳动能力这种性质;其次才是一种智力行为能力,在涉及复杂劳动的时候尤其如此,后一种能力被称为技术能力或者职业能力。参见徐国栋《民法哲学》,中国法制出版社2009年版,第181页。

② 有学者进行了总结,主要包括:(1)通过父母所尽抚养义务而获得的财产。(2)通过受赠而取得的财产。(3)通过创作活动对其智力成果享有财产权和其他权利,如著作权、专利权等。(4)通过特殊技能而获得的财产。(5)国家法律和政策明文规定的财产。(6)通过获奖而得的财产。(7)通过继承遗产而得的财产。(8)因人身伤害而享有追偿权或投保人身意外伤害保险而获得的财产,如损害赔偿金、经济补偿金、保险金等。(9)其他依法应属于未成年人的财产。参见张伟:《论儿童最佳利益原则——以离婚后未成年子女最大利益保护为视角》,载《当代法学》2008年第6期,第119页。

③ 指管理行为之外的一切行为,包括法律上的处分与事实上的处分。

须认识到以下两点:一方面,儿童最大利益原则很多时候并不以儿童作为评价的标准,儿童自身的愿望并不一定等同于自身最大利益,亲权之下的儿童最大利益原则往往依赖于父母内心的判断,在涉及到与子女比较重大利害关系事项的处理(比如教育、职业同意权与交往权),既需要尊重儿童内心的愿望,又要引导、帮助儿童接受良好教育、合理规划人生、规范社会交往,以求实现儿童的最大幸福。另一方面,虽然亲权构成对儿童最大利益的限制,但切不可将亲权和儿童最大利益对立起来,这两者非此即彼、本质上不分轩輊,儿童最大利益的实现需要父母行使亲权,父母在行使亲权之时,必然度量子女的最大利益作为参照。此外,在特殊情形下,需要对亲权进行监督,限制父母的法定代理权,整体监督通过设立监护监督机构来实现,或者对于某一个重要环节进行局部监督。

三、儿童最大利益原则在我国的展望

(一) 儿童最大利益原则的三维建构

在所有涉及到儿童事务的处理中,必须将儿童最大利益原则作为唯一的指导原则。其一,儿童优先原则并不同于儿童最大利益原则,将这两者并列成为指导原则的做法并不科学,当放弃前者,将后者确立为唯一的指导原则。《儿童权利公约》(1989)是儿童权利保护的世界性纲领,我国作为缔约国之一,应该紧跟世界立法潮流而动,权利公约并没有儿童优先原则的提法,我们国家应该放弃这种中国特色的变造。其二,亲子法是以子女为本位的立法,应该将儿童利益作为首要考虑的因素,且以儿童最大利益原则贯彻亲子立法的始终,融入一切关乎子女事务的处理中^①。其三,儿童最大利益原则必须明确规定于我国的儿童保护基本法中,在我国是《未成年人保护法》,并可以以其他形式出现于相关的政策、纲领中。儿童最大利益原则在儿童保护方面的至上性得以确立之后,必须对其进行有效的文化建构、制度建构和自我建构。

遵守儿童保护的义务,合理安排最大利益原则的文化建构。文化建构作为儿童最大利益原则的第一层次,必须反映我国亲子法从父母本位转向子女本位的历史发展进路,反映我国儿童保护利益诉求,但其理解必须符合我国文化与社会语境。儿童最大利益原则有灵活适用的空间,有很强的文化张力,是一个国家概念,所以相对于不同国家,儿童最大利益原则的适用有所差别。对此,《儿童权利宣言》与《儿童权利公约》清楚地认识到这一点,仅仅要求各缔约国尊重儿童最大利益原则,但在建构上采取了“目的论”,不做强制性的要求,公约认为所谓的最大利益就是实现儿童身体、心智、道德、精神和社会等方面的发展,仅仅提醒各国敦促保护和照料儿童之义务人积极履行义务,并说明这些工作亦需要相关辅助监督、服务部门的积极配合。所以,儿童最大利益原则在我国的建立应该首先符合我国的文化背景和社会语境。我国是一个有着家父权传统的国家,所谓“子为父纲”、“百善孝为先”,也有着保护儿童的传统普适价值观念,比如“老吾老以及人之老,幼吾幼以及人之幼”,古代义学的普遍设立等。既然如此,从文化的角度去诠释,儿童最大利益原则在我国绝无可能成为一个绝对化的概念。在我国适用儿童最大利益原则时,无法忽略父母的情感需求,也无法不考虑父母的法定权利,适用的过程中必须以身份为基础整合亲情。

完善儿童保护的体系和机构设置,合理安排最大利益原则的制度建构。制度建构是儿童最大利益原则的第二层次,由我国儿童保护的基本法和辅助法律构成完整而全面的立法体系,在家庭法域与未成年人保护法域,均以此原则贯穿始终。我国目前未成年人保护法律体系存在下列问题:“法律宣言书的立法形式过于抽象、原则,缺乏一定的现实可操作性,部分法条之间因立法者部门立法、行业立法差异而缺乏全局性视野,存在一些冲突与前后不一致,致使个别法律条款在实施过程中未得到充分、有效贯彻和实施”^[22]。因此需要进行改进:在继承法的领域,需要取消非婚生子女的称谓、建立特留份制度、归扣制度和遗嘱信托制度;在刑法的领域,进行儿童保护的实体法与诉讼法专门立法,有

① 有的学者指出,以子女最大利益作为指导离婚亲子关系法的基本准则,是确立子女在亲子关系中与父母平等的主体地位和权利意识,并将其贯彻至婚姻法的体系、具体制度甚至是法律术语中,将“子女最大利益”置于“父母法律权利”之上,确保子女权益的实现真正成为父母的责任和义务。参见龙翼飞《完善婚姻家庭法律制度的新探索》,载《法学家》2007年第1期,第77页。

条件时可以独立出台《少年刑法》和《少年刑事诉讼法》,明确儿童犯罪与刑罚的原则和种类、缓刑的适用范围、减刑假释的条件、刑事污点的处理以及采用针对儿童特殊的刑事诉讼程序;在婚姻家庭法的领域,在离婚后子女监护原则、探望权主体扩大、父母对子女的日常财产监护和人身监护、登记离婚的限制事由、子女抚养与收养、监护监督、增设代表儿童利益的“诉讼代表人”等方面坚持儿童最大利益原则;建立专门针对儿童案件的特殊法庭或者法院等等。有学者认为,未成年人保护法应该处于“小宪法”的地位,在此法的统领下,其他涉及未成年人权益的法律、法规之中,应该尽量细致地制定有关未成年人的保护条款,在一些重要的法典中应当尽量开辟出专门的篇章或者节,对有关未成年人的特别事项做出规范和保护^[23]。

维持儿童最大利益原则底线的刚性,合理安排最大利益原则的自我建构。自我建构是儿童最大利益原则的第三层次,中央和地方应该从我国国情出发颁布有利于儿童生存、发展的政策、纲领,且将儿童最大利益原则作为处理涉及儿童事务基本准则,意在维持原则底线的刚性。包括目的建构和规范建构:目的建构是我国指各项制度需要以促进儿童身心健康和最大幸福为基本目的;规范建构是指在有争议的情况下,最大利益原则是处理所有涉及儿童事务的基本准则。其一,各项政策、纲领需要以促进儿童身心健康和最大幸福为基本目的。促进儿童的身心健康,在于能够整合各方面社会资源满足儿童的基本需求,即“爱与安全的需求、探索新增资讯与奇特经验并受其激励的需求、赞美与认可的需求、需要藉由个人的独立而发展责任感的需求”^[24]。促进儿童的最大幸福,在于能够有效地满足儿童的生存与发展,关乎物质幸福与精神幸福:前者指不仅指较低层次的生存权,即保证儿童的基本生命安全以及生活保障,也指较高层次的生存权,即保证儿童活的快乐而有尊严^[25];后者包括儿童有权接受一切形式的教育以及有权享有足以促进其身体、心理、精神、道德与社会发展的生活水平权利^[28]。合目的性保障了儿童最大利益原则的正当性,如同灯塔防止儿童最大利益原则偏离正确的轨道。其二,在有争议的情况下,最大利益原则是处理所有涉及儿童事务的基本准则,保证了最大利益原则底线的刚性,有利于实现个案正义。不同案件涉及当事人之间纷繁复杂的纠纷,无论儿童作为纠纷的当事人,或者纠纷所牵连的第三人,均应把儿童的利益是否实现作为案件判决是否正义的重要决定因素。

(二) 儿童最大利益原则的限度

儿童最大利益原则的三维建构能够令其最大程度发挥价值张力,若希望创造真正有益于儿童身心健康与生存发展的路径,还必须在区分监护与亲权的基础上以亲权对其进行适度的限制。

制度上进一步区分亲权与监护。我国目前的大监护制度不可取,亲权与监护适度分离的法理依据在于亲权处于第一层次,而监护属于第二层次。亲权重视私益,强调血缘关系,表现为父母对子女人身和财产享有的权利,既是一种义务性的权利,又属于父母的天然职责,处于第一层次。监护却是一种单纯的义务,强调责任的承担,带有社会公益性的色彩,只能作为亲权行使不能或不力的补充,处于第二层次,“监护于我们而言是干涉性的、非私益的,不针对个别人的制度设计,它尽可能减少个人意志及由此而强调的对个人的尊重”^[26]。亲权与监护价值基础迥异,需要完全不同的立法。因此,在我国应该进一步重视亲子关系的优先性与特殊性,亲子关系应该优先以亲权进行调整,在亲权力所不逮的领域再引入国家监护的概念。将亲权的发挥作为一种整合家庭身份关系的有益路径,而将监护视为一种社会治理的权宜之计,责任主要由国家或者公益机构承担。此外,我国还应该顺应世界潮流,进一步对亲权进行去不平等化的改造,彻底将亲权视为一种义务性的权利;虽然儿童处于亲权之下,但其自出生之时起就有充当民事主体的法律资格,在家庭中享有独立的法律地位和法定权利。

亲权作为儿童最大利益原则的限度。最大利益原则不可能永无止境,尤其是对最大利益本身的判断上往往从父母的立场出发,亲权构成最大利益原则的限制。父母既对子女有人身方面的权利,亦对子女有财产方面的权利,父母的亲权渗透子女事务的各个层面。从另一个角度出发亦可证成,由于我国常年实行计划生育政策,独生子女家庭比较多,目前一些父母对子女缺乏有效的教育、约束,子女行为不端时有发生,社会舆论对年轻人产生道德恐慌。据此,为我们提供了亲权和监护必须加以区分

的又一个理由,在有监督的情况下,亲权可以作为儿童最大利益原则的限度,基于父母、子女天然的血缘关系,父母需要对子女承担加强道德教育、行为约束的责任。

强化对父母行使亲权的监督机制。由亲权作为儿童最大利益原则的限度,主要是由父母来判断何为儿童的最大利益,但是亲权之上并不代表不存在监督。既可以由近亲属、亲朋好友对父母行使亲权的情况进行监督以求最大限度保护子女的利益,也可以在必要危急时刻由国家直接介入,进行强制性的干涉。一般情况下,国家应该为父母行使亲权创造必要的条件和社会资源,并加以辅助、引导,规范相关协助的调查、评估与实施和管理手段。特殊情况下,亲权被代替或者剥夺,由国家家父对未成年子女履行责任,是为国家监护。剥夺主要针对父母滥用亲权的行为,父母的行为与子女的最大利益相悖,没有尽到保护子女人身或财产的义务,依照程度的轻重,其亲权应该被限制和剥夺;代替主要针对父母无法行使亲权的情况出现,如父母双亡、失踪或丧失行为能力等,国家直接代行监护义务。因此,改造和构建基础自治组织、新型社区、志愿组织、公立儿童福利机构、社会福利机构或其他国家专门机构等,赋予其代行监护的功能并通过立法提供制度保障是国家监护的当务之急。

参考文献:

- [1] 菲力浦·阿利埃斯. 儿童的世纪——旧制度下的儿童和家庭生活[M]. 北京: 北京大学出版社 2013. 33, 51.
- [2] 王雪梅. 儿童权利保护的“最大利益原则”研究·下[J]. 环球法律评论 2003, 春季号: 109.
- [3] Ulrich K. Preuss: Rationality Potentials of Law – Allocative, Distributive, and Communicative Rationality [J]. German Law Journal, Vol. 12, Issue 1 (January 1 2011), pp. 488.
- [4] 朱月明. 罗马法上的亲权及其启示[J]. 山东省青年管理干部学院学报 2010 (4): 86.
- [5] 庄解忧. 英国工业革命时期童工的作用与地位[J]. 厦门大学学报 1981 (4): 103.
- [6] 李双元, 黎平. 论世界儿童立法的趋同化——兼对完善中国儿童立法的几点思考[J]. 湘潭大学学报 2005 (3): 46.
- [7] 尹琳. 从未成年人的法律体系看日本的儿童权利保护[J]. 青少年犯罪问题 2005 (2): 51.
- [8] 马晓琴, 曾凡林, 陈建军. 儿童参与权和童年社会学[J]. 当代青年研究 2006 (11): 48.
- [9] 陈苇. 外国婚姻家庭法比较研究[M]. 北京: 群众出版社 2006. 389.
- [10] 夏吟兰. 离婚自由与限制论[M]. 北京: 中国政法大学出版社 2007. 115.
- [11] Gregg Herman: Who Represents Your Child [J]. Family Advocate, Vol. 26, Issue 1 (Summer 2003), p. 13.
- [12] 冉启玉. 英美法“儿童最大利益原则”及其启示——以离婚后子女监护为视角[J]. 河北法学 2009 (9): 173.
- [13] 罗结珍. 法国民法典[M]. 北京: 北京大学出版社 2010. 126, 114.
- [14] [德]迪特尔·施瓦布. 王葆苒译. 德国家庭法[M]. 北京: 法律出版社 2010. 337.
- [15] 廖小平. 当代未成年人道德境遇的双重变奏[J]. 江海学刊 2010 (1): 61.
- [16] 高中建. 当代青少年问题与对策研究[M]. 北京: 中央编译出版社 2008. 50 – 55.
- [17] 郝克明. 中国独生子女实证研究[M]. 广州: 广东教育出版社 2010. 42.
- [18] 王丽萍. 亲子法研究[M]. 北京: 法律出版社 2004. 30.
- [19] 王丽萍. 父母照顾权研究[J]. 法学杂志 2004 (1): 56.
- [20] 王泽鉴. 民法学说与判例研究[M]. 北京: 中国政法大学出版社 1998. 164, 178.
- [21] 王丽萍. 论家庭对未成年人的保护——以父母照顾权为中心[J]. 法商研究 2005 (6): 126, 127.
- [22] 张鸿巍. 儿童福利视野下的少年司法路径选择[J]. 河北法学 2011 (12): 52.
- [23] 姚建龙. 《未成年人保护法》的修订及其重大进展[J]. 当代青年研究 2007 (5): 20.
- [24] 张洪巍. 儿童福利法论[M]. 北京: 中国民主法制出版社 2012. 32.
- [25] 王雪梅. 儿童权利论——一个初步的比较研究[M]. 北京: 社会科学文献出版社 2012. 117, 146.
- [26] Winsor C. Schmidt, Jr. Wingspan of Wingspread: What is Known and Not Known about the State of the Guardianship and Public Guardianship System thirteen Years after the Wingspread National Guardianship Symposium [J]. Stetson Law Review, Vol. 31, Issue 3 (Spring 2002 2001 – 2002), p. 1028.

(全文共 17 080 字)